



LAS ACTUALES REFORMAS A LOS REGÍMENES DE DERECHO DE AUTOR

Mitos y verdades respecto a la adecuación legislativa al entorno digital

Fredy Adolfo Forero Villa
 Asesor de la Subdirección de Derecho de Autor en CERLALC

El derecho de autor responde a la imperiosa necesidad de regular las relaciones derivadas del disfrute y goce de las obras del espíritu, facilitando una interacción armónica entre el incesante interés del ser humano en dejar huella a través de manifestaciones literarias y artísticas y el anhelo de la sociedad de nutrirse de las creaciones culturales gestadas por sus miembros. De modo que es natural que los regímenes del derecho de autor se adecúen conforme los modelos de producción y difusión de las obras, y se vean transformados por el impacto de la tecnología.

La difusión de las obras del espíritu ha tenido y tiene vocación global y ese orden mundial del comercio de bienes culturales ha estado siempre acompañado por ingentes esfuerzos estatales encaminados a la armonización de las leyes autorales. En 1996, ya se contaba con los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor e interpretación o ejecución y fonogramas, instrumentos internacionales conocidos como los "Tratados Internet", por medio de los cuales 91 estados proclamaron la aplicación de los principios básicos del derecho de autor en el entorno digital.

Sin embargo, ante indicadores que muestran un cambio radical en la producción, comercialización y consumo de obras como una realidad innegable para algunas industrias culturales y un futuro cercano e ineludible para otras, han surgido teorías que sostienen la imposibilidad del derecho de autor para adecuarse a los nuevos paradigmas de difusión de la producción intelectual.

El crecimiento exponencial del comercio electrónico, la masiva conformación de comunidades wiki, el éxito de programas conjuntos entre ministerios de cultura, educación y tecnologías de la información adelantados en distintos países en América Latina y el Caribe, la proclamación de la Agenda Digital de la Comunidad Europea y, en general, todas aquellas muestras de las nuevas realidades económicas, políticas y sociales, han derivado en agendas legislativas prolíficas en materia de derecho de autor. Los actuales tiempos de transición han generado negociaciones de tratados multilaterales, la inclusión de obligaciones referentes a la normativa autorial en tratados de libre comercio e iniciativas legislativas a lo largo de la región.

Ahora presenciamos ajustes legislativos en desarrollo de TLCs suscritos con los Estados Unidos de América en Chile, Colombia, Costa Rica y Honduras, la suscripción de tratados por parte de otros países que derivarán en reformas legislativas, la negociación de tratados multilaterales y la actualización del régimen panameño con la promulgación de la Ley 64 de 2012, todas ellas iniciativas de suma importancia que responden, por un lado, al interés de ciertos países en estandarizar los regímenes autorales de la región y, por el otro, a la pretensión de adecuar la normativa atendiendo al cambio de paradigma aparejado al avance de las tecnologías de la información y la comunicación.

Pero no puede perderse de vista que la evolución jurisprudencial de algunos países evidencia la aplicabilidad de los principios generales del derecho de autor en Internet y su maleabilidad para dirimir cualquier conflicto derivado del uso de obras protegidas, sea en el entorno análogo o digital, de modo que resulta razonable analizar algunos aspectos álgidos de la discusión que han servido de base para sostener la importancia de reformar las leyes autorales.

Derecho de autor y las nuevas formas de producción y difusión del conocimiento

El derecho de autor excluye todo tipo de control sobre las ideas, asegurando de esta manera la libre circulación del conocimiento, por lo que proyectos como Wikipedia, alimentados con aportes propios, son totalmente viables desde el punto de vista legal, sin que se requiera que la información o tesis suministradas por los usuarios hayan sido descubiertas o planteadas inicialmente por ellos. Un internauta podrá describir en sus palabras en "la enciclopedia libre" la obra del último premio nobel de medicina, matemáticas o física sin infringir el derecho de autor de dichos científicos, así como Dan Brown pudo escribir "El Código Da Vinci" sin tener que cancelar regalías a los autores del "Enigma Sagrado".

El monopolio entregado a los autores se limita a la forma particular en que una idea es expresada, sea de forma artística o literaria, confiriendo la potestad de autorizar o prohibir todo uso que de la obra pueda llegar a hacerse. El derecho de autor es, por lo tanto, la base que permite a los creadores optar por los distintos modelos de negocio en Internet, las licencias Creative Commons, el llamado copyleft, asegurarse que la obra se mantenga inédita o someterla a procesos de creación wiki.

Los derechos de explotación digital

Existe la potestad de autorizar o prohibir todo uso que de la obra pueda llegar a hacerse, en cabeza del autor o la persona que él designe, aunque la legislación local en materia autorial no mencione expresamente ciertos derechos que hacen referencia a la explotación de la obra desmaterializada, como son el almacenamiento como acto de reproducción y la puesta a disposición, ya que, conforme a los principios generales de esta disciplina, los derechos patrimoniales de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles. Por lo tanto, una ley autorial no será obsoleta así haya sido promulgada en una época en la que era imposible prever la existencia de una red similar a Internet, a través de la cual circulen obras protegidas por el derecho de autor.

Régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet (PSIs)

Una de las obligaciones derivadas de los tratados de libre comercio que ha generado mayor debate es aquella relacionada con las limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet (PSIs) por las infracciones al derecho de autor cometidas a través de sus redes. Si bien se ha intentado homogenizar las legislaciones autorales en cuanto al régimen de responsabilidad de los PSIs con base en la Digital Millenium Copyrihgt Act (DMCA), ley norteamericana, éste régimen no resulta ajeno a las legislaciones latinoamericanas por cuanto se basa en los mismos principios, hasta el punto que se puede sostener

que, a la fecha, en aquellos países donde no se ha legislado sobre el particular, se puede establecer la responsabilidad de los administradores de portales y PSIs si éstos cometen infracciones al derecho de autor o facilitan, persiguiendo fines de lucro, que los usuarios realicen actos infractores a través de sus redes. Este último punto se basa en las reglas generales de responsabilidad civil extracontractual y del derecho de autor.

El administrador de un portal web será responsable y, por ende, sujeto a sanción si suministra a sus usuarios un sistema que les permita compartir obras protegidas por el derecho de autor sin autorización previa de los titulares de derechos; es consciente de la comisión de las infracciones y no hace nada para evitarlas; y tiene ánimo de lucro, sea directa o indirectamente, como es el caso de los ingresos percibidos por publicidad.

Uno de los ejemplos más destacados es el caso de algunas redes de intercambio peer to peer (p2p) o indexadores, páginas donde, si bien su administrador no comete infracciones directamente, debido a que no aloja en sus servidores reproducciones no autorizadas, sí ofrece la herramienta imprescindible para la comisión de las mismas al enlazar al usuario interesado en acceder de forma gratuita a contenidos con aquel que ha puesto la obra a disposición sin autorización previa, quienes, sin la ayuda del sistema de intercambio difícilmente lograrían encontrarse en la red. De modo que el portal actúa como un coadyuvante indispensable para la comisión del delito percibiendo ganancias por su colaboración, por lo que resulta ajustado a derecho que éste esté llamado a indemnizar los perjuicios causados a los creadores.

Con base en este postulado, un tribunal en Argentina, país cuya ley de derecho de autor data de 1933 con escasas modificaciones, ha hallado culpables a los administradores de "Taringa" por facilitar actos de comunicación pública sin la debida autorización de los titulares de derechos, sin que para esto se requiriera la promulgación de una nueva ley, como tampoco se necesita para dar vía libre a los nuevos procesos de creación y difusión de las obras, respetando, por supuesto, el designio de nuestros autores.

Ahora bien, la razón principal por la que se pretende instituir un régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios en Internet es fijar reglas claras para que los agentes del comercio puedan determinar si las actividades desarrolladas dentro un nuevo modelo de negocio están ajustadas a derecho o no, brindando seguridad jurídica para la innovación. Pero, tal y como se mencionó, la responsabilidad de un PSI será determinada conforme al régimen de responsabilidad civil extracontractual y, con base en éste, difícilmente se podrá encontrar culpable a un administrador de un portal web si en su página



se implementa un sistema que facilite a los titulares de derechos notificar cuando los usuarios del sistema estén compartiendo una obra sin su consentimiento y se procede al bloqueo del acceso a dichos contenidos, demostrando de esta manera que el servicio ofrecido no tiene como finalidad facilitar la comisión de infracciones. De modo que, más allá de necesitar la creación de un decálogo de buenas prácticas para el desempeño de actividades económicas en Internet a través de una ley, lo que se requiere es una amplia difusión de los principios generales de las normas existentes.

Régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital

Como se mencionó, los "Tratados Internet" de 1996 se ocuparon de poner en sintonía el régimen autoral con las nuevas necesidades de las industrias culturales ávidas de explorar los nuevos modelos de negocio en Internet, y con este cometido se incluyó en el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas la siguiente declaración concertada: "[q]ueda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital".

Un estado, por lo tanto, podrá optar por crear un estatuto de limitaciones y excepciones aplicable al entorno digital o conservar aquellas limitaciones y excepciones que, por su redacción, se puede entender operan tanto para el ámbito digital como el análogo.

Actualmente se adelantan negociaciones en la OMPI para la consolidación de un instrumento internacional relativo a las limitaciones y excepciones para personas con dificultad para acceder al texto impreso.

Conclusiones

Como es propio de todo proceso de transición, se han generado especulaciones y cometido infracciones, pero esto no es óbice para la estructuración de un arquetipo saludable de consumo de bienes culturales. Poco a poco se ha ido dejando atrás la concepción de inaplicabilidad de la ley en Internet y se han ido rompiendo los mitos que revestían la piratería de ideologías románticas. El uso de redes de intercambio entre pares P2P ha ido disminuyendo en la medida en que los usuarios comprenden que la puesta a disposición sin autorización previa implica una infracción de derechos, aumentando proporcionalmente el consumo legal de contenidos. Asimismo, la industria está buscando medidas para acoplarse a las nuevas formas de acceso a los bienes culturales de forma respetuosa del derecho del consumidor, como muestra de las que se pueden citar los modelos freemium. Por otro lado, las bibliotecas están celebrando acuerdos con plataformas y agregadores para realizar actos de préstamo público de libros digitales y dispositivos de lectura, y se están digitalizando los acervos de obras que hacen parte del dominio público. Paulatinamente se fijará el precio de venta al público sobre la base de estudios de mercado concretos y se incluirá en los contratos todos aquellos aspectos indispensables para una adecuada explotación digital.

Es difícil predecir, sin temor a caer en especulaciones, cuáles serán las formas de creación y difusión de las obras del espíritu que imperarán en el mercado, y tampoco si en un futuro se requiera reformular el régimen del derecho de autor. Por lo tanto, las leyes de autor cumplen la función para la cual fueron promulgadas y lo seguirán haciendo sin que se requieran para ello reformas estructurales, de modo que quizá el mecanismo idóneo para afrontar el cambio de paradigma sea tender a la generación de una cultura de respeto del derecho de autor, al fortalecimiento de las industrias culturales y comunidades wiki, al empoderamiento de los creadores y consumidores y al incentivo de organizaciones de titulares de derechos e internautas [C&D](#)

Poco a poco se ha ido dejando atrás la concepción de inaplicabilidad de la ley en Internet y se han ido rompiendo los mitos que revestían la piratería de ideologías románticas